

## Fontes e formas de expressão do Direito

JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR

Promotor de Justiça - SP

**"As leis não fazem a nação. Elas são apenas a expressão do seu caráter."(\*)**

Prosper Mérimée (Escritor francês - 1803-1870)

### I - Introdução

Os estudiosos do Direito Civil seguem uma linha comum em seus manuais, ensinando aos neófitos da Ciência Jurídica questões de suma importância, quais sejam, o conceito de direito, as diferenças entre direito e moral, entre direito positivo e direito natural, os limites que separam o direito objetivo do direito subjetivo, etc.<sup>(1)</sup>

Quase todos eles, ainda que de passagem, procuram identificar como esse mesmo Direito se manifesta no mundo das coisas. Buscam identificar como que esse conjunto de regras sociais, que "disciplinam as obrigações referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários"<sup>(2)</sup>, se apresenta àqueles que devem se sujeitar aos seus postulados.

Sobre essas formas de manifestação do Direito, quase que à unanimidade, referem-se os autores como sendo as "fontes do direito".

Consagrada a expressão, não só no Brasil como na Doutrina alienígena, parece não corresponder àquilo que busca identificar, sendo que o objetivo do presente estudo constitui demonstrar a impropriedade da referida expressão.

Desde já, deve-se ressaltar, que apenas o Professor Rubens Limongi França dedicou estudo específico para demonstrar a impropriedade do que se convencionou denominar "fontes do direito".

Como se verá, o mencionado Professor demonstra que "formas de expressão do direito" constitui expressão mais adequada para identificar o que se pretende com a

(\*) - apud Ruy Castro, O poder do mau humor, Companhia das Letras, 1993, pág. 100.

(1) - Assim, dentre outros, Rubens Limongi França, "Manual", págs. 5 a 41; Washington de Barros Monteiro, "Curso", págs. 1 a 11; Caio Mário da Silva Pereira, "Instituições", págs. 3 a 36; e Silvio Rodrigues, "Direito Civil", págs. 1 a 14.

(2) - O trecho entre aspas corresponde à definição de Direito adotada por R. Limongi França ob. cit. pág. 8.

outra referida. E o fez não por diletantismo e sim, como profundo estudioso que é, por obrigação científica, já que o Direito, que se apresenta e pretende se identificar como uma ciência, deve buscar as expressões inequívocas e adequadas para expressar seus institutos.<sup>(3)</sup>

Ensina Limongi França que fonte "é o lugar de onde provém alguma coisa. Fonte do Direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos"<sup>(4)</sup>

Em outra oportunidade<sup>(5)</sup>, afirma que "as formas de expressão do direito são os modos pelos quais o direito se exterioriza. É a roupagem de que se reveste para vir à tona dos fatos da vida. A doutrina tradicional tem-nas confundido com aquilo que impropriamente denomina 'fontes' do direito. Ora, as fontes do direito, isto é, aquilo de onde provém o Direito são o direito natural e o arbítrio humano. As assim chamadas fontes formais não são fontes, mas, como preferimos dizer, por se tratar de solução mais correta, 'formas de expressão do direito'".

Assim, em um primeiro momento se apresentarão algumas definições sobre o que se vem denominando "fontes do direito".

Em seguida, será analisada a impropriedade lógica dessa forma de representar para o ordenamento jurídico brasileiro e, finalmente, as conclusões

## II - "Fontes do direito"?

Pode-se afirmar que a Doutrina brasileira tem a mesma concepção de Savigny sobre o que venham a ser "fontes do direito", já que este as identifica como sendo as "causas de nascimento do direito"<sup>(6)(7)</sup>

Vejamos alguns autores:

### a) Washington de Barros Monteiro

"Fontes são os meios pelos quais se formam ou pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. São os órgãos sociais de que dimana o direito objetivo"<sup>(8)</sup>

Indica, assim, como fontes do direito a lei, o costume, a doutrina e os princípios gerais do direito

Deixa o autor de realizar quaisquer questionamentos sobre a etimologia do vocábulo fontes, indicando, assim, as "formas de expressão do direito" como se fontes fossem.

De fato, conforme o fez o Professor Limongi França, nota-se a impropriedade da expressão: o direito não dimana da lei, por exemplo, a lei é criada justamente para expressar o que se desejou disciplinar para se estabelecer os limites "do meu e do seu".

Demais, parecem colidentes os vocábulos "fontes" e "meios" encontrados na definição: se são fontes, não são meios, já que fonte não é meio e sim a origem, a procedência.

(3) - Sobre a adequada linguagem que uma ciência deve ter para se identificar como tal, com aplicação específica sobre a Ciência do Direito, consulte-se, dentre outros, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Cândido Rangel Dinamarco.

O primeiro, in "A Ciência do Direito", págs. 9 e 10, discute não só o caráter de ciência ou não do Direito, como demonstra que uma das preocupações que se deve ter, antes mesmo de se discutir sobre esse ponto específico, é identificar o que se pretende pela expressão "ciência". Ensina que alguns critérios podem identificar uma ciência, dentre eles propõe que uma coisa "visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá" com enunciados... "que completam e refinam as constatações da linguagem comum", demonstrando, assim, que uma ciência deve ter uma expressão própria para identificar os objetos de suas indagações, até mesmo para se diferenciar das especulações profanas.

O segundo autor, in "Fundamentos do Processo Civil Moderno", págs. 101 e 102, afirma, com precisão e acerto: "Mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim".

(4) - Cf. Rubens Limongi França in "Das formas de expressão do direito" pág. 3

(5) - Cf. Rubens Limongi França in "Manual" pág. 12.

(6) - Cf. "Traité de droit romain", págs. 7/63.

(7) - Sobre a visão de Savigny quanto às fontes consulte-se sobre todos Rubens Limongi França in "Das formas", ob. cit. págs. 4 a 6.

(8) - Ob. cit. pág. 12

Fonte, assim, seria o vocábulo "empregado para indicar tudo de onde procede alguma coisa, onde ela se funda e tira razão de ser, ou todo o fato que dá nascimento a outro"<sup>(9)</sup>

### b) Caio Mário da Silva Pereira

Diz o autor que fonte do direito é o "meio técnico" de realização do direito objetivo

Observa, segundo suas investigações, que a palavra fonte, na realidade teria duas acepções: 1ª) fonte como o objeto de determinada investigação científica, quando se utiliza do que o autor denomina "monumentos ou documentos onde o pesquisador encontra os elementos de seu estudo", nesse sentido o Digesto ou as Institutas seriam fontes históricas das instituições civis; e 2ª) fonte como as diferentes "maneiras de realização do direito objetivo (fonte criadora)"<sup>(10)</sup>

Excluindo-se a primeira acepção que o autor entende cabível ao vocábulo fonte, já que essa acepção o que teríamos, na realidade, seria um sentido quase indicativo da inspiração<sup>(11)</sup> (como estímulo à atividade criadora) daqueles que formularam, por exemplo, as instituições civis, as mesmas críticas lançadas anteriormente teriam cabimento

Com efeito, em relação à segunda das acepções que o autor abraça para o vocábulo fonte, equivale a equipará-lo ao que o Professor Limongi França qualifica como sendo as "formas de expressão do direito"

Assim, "maneiras de realização do direito objetivo" em verdade não podem constituir as fontes desse mesmo direito e sim a forma como vem à tona

### c) Maria Helena Diniz

A Professora Maria Helena Diniz chega a citar uma obra do Professor Limongi França em recente monografia onde estuda a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.<sup>(12)</sup>

Contudo, a autora também não segue a linguagem adotada pelo autor e afirma que "a legislação, nos países de direito escrito e de Constituição rígida, é a mais importante das fontes formais estatais"

Embora seu estudo, nesse momento, detenha-se mais à lei, que denomina "fonte primordial do direito, a fonte jurídica por excelência"<sup>(13)</sup>, mais adiante menciona, além do processo legislativo, como fonte do direito, a atividade jurisdicional do Estado, a prática consuetudinária e o poder negocial.

Mas o que essa obra veicula, que a afasta das demais, é afirmar que lei, sentença, costume e contrato constituem "formas de expressão jurídica resultante daquelas atividades", já demonstrando uma preocupação da sua Doutrina em separar o resultado da atividade reveladora do direito da própria atividade

Contudo, não chega, ainda, ao aprimoramento científico necessário.

Esses e outros autores<sup>(14)</sup> assim, acabam por denominar "fonte" o que seria, a rigor, "forma de expressão" das efetivas fontes (o arbítrio humano e o direito natural/necessidades sociais e vontade humana)<sup>(15)</sup> que, segundo se pôde ver, também não concordam em quais e quantas sejam<sup>(16)</sup>

(9) - Assim, de Plácido e Silva in "Vocabulário Jurídico", Vol. II pág. 311

(10) - Cf. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., págs. 39 e 40.

(11) - Sílvio Rodrigues, convém acrescentar nada menciona sobre a acepção da palavra "fonte" no lugar da expressão correta, que seria "forma de expressão". Faz uso da expressão "fonte" apenas na primeira acepção indicada por Caio Mário da Silva Pereira, conforme seu "Direito Civil", pág. 8.

(12) - Vide, assim "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada" págs. 40 e 41 e principalmente nota de rodapé nº 2, pág. 41.

(13) - Idem pág. 41.

(14) - Vide a pesquisa elaborada pelo Professor Limongi França na separata "Das formas de expressão do direito" ob. cit. pág. 9 onde são mencionados Paulino Neto, Serpa Lopes, Orlando Gomes e Vicente Rão, entre os nossos juristas.

(15) - As fontes propriamente ditas, segundo o Professor Limongi França, seriam essas. Direito natural e arbítrio humano estão indicados no "Manual" Necessidades sociais e vontade humana na separata "Das formas de expressão do Direito", pág. 8.

(16) - Somente para ilustrar, veja-se quais seriam as "formas de expressão do direito" para o Professor Limongi França ("Manual" págs. 15 a 27) e quais seriam para a Professora Maria Helena Diniz (ob. cit. pág. 41)

### III – Impropriedade lógica da expressão “fontes do direito” no ordenamento brasileiro

É verdade que a lei não é a única “forma de expressão do direito”

Contudo, conforme a Professora Maria Helena Diniz, com toda a certeza, seria “forma de expressão” primacial, embora a autora a tenha chamado de “fonte”

O Professor Limongi França também detecta a extrema importância dessa forma de expressão do direito, tanto que, segundo a sua classificação, quanto ao critério de composição do sistema jurídico, ensina que a lei é a forma fundamental<sup>(17)</sup>

Define a lei como sendo “um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade”<sup>(18)</sup>

Sabe-se, contudo, que no nosso sistema jurídico as leis devem obedecer, num critério hierárquico, os mandamentos constitucionais.

Inaugurada uma nova Ordem Constitucional, ou as leis preexistentes são recepcionadas, ou derogadas

Outrossim, as normas de hierarquia inferior, quando são elaboradas, devem, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, quer pelo chamado controle concentrado da constitucionalidade, quer pelo chamado controle difuso da constitucionalidade<sup>(19)</sup>, respeitar os ditames constitucionais.

Para a garantia mesmo de todo esse sistema e do próprio Estado-de-Direito<sup>(20)</sup>, é que a lei não pode ser como ela mesma deseja. Vale dizer, o próprio arbítrio humano (uma das verdadeiras “fontes do direito”), em certa medida, encontrará obstáculos, impossibilitando a criação de qualquer lei

Assim, analisemos o teor dos incisos XXXV e XXXVI, do artigo 5º, da Constituição da República, como exemplos de limites à elaboração das leis, *in verbis*:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada”

Bastariam esses exemplos para que concluíssemos que jamais a lei poderia ser uma fonte.

Fosse a lei uma fonte e, indefinidamente e sem limites, lícito seria se criar qualquer tipo de obrigação, poder, dever, etc.

Não parece lógica a concepção de uma fonte limitada, ainda que por outra lei que, embora de natureza diversa, seria uma lei, ao menos no seu aspecto regulamentador.

Pensemos na hipótese de se desejar alterar quaisquer dos dispositivos acima com a finalidade de, por exemplo, limitar o acesso ao Judiciário diante de particularidades de determinados conflitos, ou, ainda, para se afrontar um direito adquirido.

O que seria necessário?

Primeiro, a Constituição da República deveria ser emendada

Ora, mister se faria modificar os textos dos incisos acima transcritos, já que os mesmos constituem direitos e garantias fundamentais.

Mas, ainda assim, seria viável tal emenda?

Não, já que se está diante de uma das “cláusulas pétreas”<sup>(21)</sup>

(17) – Cf. “Manual” pág 17

(18) – *idem* *ibidem*.

(19) – Para uma rápida consulta sobre as formas de “controle da constitucionalidade”, consulte-se Celso Ribeiro Bastos – “Dicionário de Direito Constitucional”, págs. 30 e segs.

(20) – Vide artigos 1º caput e 5º, inciso II, do Texto Supremo.

Sobre uma noção de Estado-de-direito, em contraposição ao Estado-de-polícia (ou Estado-de-Poder), consulte-se Roque Antônio Carrazza, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, págs. 195 e segs.

(21) – Sobre o conceito de “cláusula pétrea”, vide Celso Bastos *Ob. cit.* – pág 53

As “cláusulas pétreas” aquelas intangíveis são as especificadas no artigo 60 § 4º da Constituição da República

Não se admitiria sequer a proposta de uma emenda com tal objetivo

Ainda assim, se não se estivesse diante de exemplo envolvendo “cláusula pétrea”, limitações de ordem temporal e circunstancial deveriam ser consideradas antes de se analisar o mérito da emenda

Como exemplo, pode-se citar a impossibilidade de se propor emenda quando se esteja diante de estado de sítio, o que constitui uma limitação circunstancial<sup>(22)</sup>

Assim, em determinadas hipóteses, somente o Poder Constituinte Originário poderia romper todos os limites existentes para que determinada lei fosse concebida

Portanto, “forma de expressão do direito” afigura-se como sendo denominação mais correta, já que só haverá expressão daquilo que puder existir

### IV – Conclusões

1 – Tradicionalmente, a Doutrina denomina a lei e as demais formas complementares de expressão do Direito de “fontes do direito”.

2 – A expressão “fonte”, por indicar tudo de onde procede alguma coisa, é inadequada, já que a lei e as demais formas de expressão têm sua origem no direito natural, no arbítrio e na necessidade humanas, não constituindo, assim, fontes em si mesmas.

3 – A locução “formas de expressão do direito” é mais adequada e utilizada pelo Professor Rubens Limongi França, que estudou cada uma delas, diante do fato de constituírem “os modos pelos quais o direito latente na natureza das coisas... vem à tona da vida para compor o que se denomina o sistema jurídico” que é justamente “o conjunto das regras positivas... que regem a questão do meu e do seu”<sup>(23)</sup>

4 – Deve-se optar por essa locução, eis que em Direito, assim como em qualquer outra ciência, a identificação dos institutos que as compõem merecem denominação adequada para, com precisão, identificar o que se pretende representar.

5 – Haverá uma incoerência lógica no sistema jurídico brasileiro se se adotar a locução “fontes do direito”, já que nem mesmo a lei, nem mesmo a emenda à Lei Maior, são imunes a limites, o que contraria a idéia de fonte, que, ao menos em nosso sistema, estaria limitada por uma outra fonte. Isso levaria a uma construção extremamente complicada para indicar a hierarquia dessas fontes, etc.

### Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro “Dicionário de Direito Constitucional”, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

CARRAZZA, Roque Antônio. “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 2ª ed., São Paulo, RT, 1991

SILVA, De Plácido e “Vocabulário Jurídico”, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987

DINAMARCO, Cândido Rangel “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, 2ª ed., São Paulo, RT, 1987.

DINIZ, Maria Helena. “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “A Ciência do Direito”, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1986

(22) – Sobre as limitações para as emendas constitucionais vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho. in “Curso de Direito Constitucional”, pág 26.

(23) – Cf. Limongi França “Manual” *ob. cit.* pág 15

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves "Curso de Direito Constitucional", 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989

FRANÇA, Rubens Limongi. "Manual de Direito Civil", 4ª ed, São Paulo, RT, 1980.

"Das Formas de Expressão do Direito", Separata da Revista dos Tribunais, Volume 354, São Paulo, RT, abril de 1965

MONTEIRO, Washington de Barros. "Curso de Direito Civil", 27ª ed, São Paulo, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva "Instituições de Direito Civil", 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

RODRIGUES, Silvio. "Direito Civil", 14ª ed, São Paulo, Saraiva, 1984.

SAVIGNY - "Traité de droit romain", **Apud**, Jardim-Eduardo Marcial Ferreira, 2ª ed, São Paulo, Institutas, 1989